

# Reflexões sobre a capacidade postulatória do advogado público, a obrigatoriedade de que mantenha inscrição na OAB e pague anuidade

Flávio da Silva Andrade\*

## Introdução

Não é incomum advogados públicos (advogados da União, procuradores federais, procuradores da Fazenda Nacional, procuradores de Estado ou de Município) recorrerem ao Poder Judiciário tencionando obstar a cobrança de anuidade pela OAB. Sustentam que estão sujeitos a ordenamentos jurídicos próprios e que, por conseguinte, não estariam obrigados ao pagamento de anuidade àquela entidade.

O tema ganha relevância por que naturalmente deságua no estudo da natureza da capacidade postulatória do advogado público, no alcance do poder fiscalizatório ético-disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil, exigindo ainda reflexões sobre a existência de incompatibilidades supervenientes e definitivas para o exercício da advocacia privada por parte daqueles que passam a integrar carreiras da advocacia pública, sem descurar também das situações dos advogados públicos que têm autorização legal para exercer a advocacia privada.

De plano, constata-se que, em relação aos advogados públicos que exercem, autorizados por lei, a advocacia privada, é destituída de fundamento a pretensão de se afastar o vínculo com a OAB e a cobrança de anuidade.

Em muitos Municípios e em algumas unidades da Federação se permite a advogados públicos o exercício da advocacia privada. Não são raros os procuradores de Estado ou procuradores Municipais que têm permissão para advogar para particulares. Também no plano federal há procuradores ou advogados da União que, tendo ingressado no serviço público antes de 1988, mantiveram a prerrogativa de continuar exercendo a advocacia privada (liberal ou contratual).

Ora, se advogam para particulares, é inquestionável que devem se submeter à disciplina prevista na Lei Federal 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Devem pagar a anuidade e estão sujeitos também à fiscalização ético-disciplinar da entidade. Nesse ponto, penso que não deve haver controvérsia.

## 2. A OAB e os advogados públicos que estão proibidos de exercer a advocacia fora das atribuições institucionais

A questão se torna instigante quando avaliada sobre o prisma daqueles advogados públicos que estão impedidos de exercer a advocacia fora das atribuições institucionais previstas em lei. Esses advogados públicos estão sujeitos ao Estatuto da OAB? Quero dizer: estão obrigados a pagar a anuidade? Necessitam estar inscritos na entidade para postular em juízo no exercício de suas funções? Devem ser alcançados pela fiscalização ético-disciplinar da OAB?

A Ordem dos Advogados do Brasil, quando chamada a se manifestar sobre o assunto, invoca o art. 3º, § 1º, da Lei Federal 8.906/1994 (EOAB), que estabelece: "Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). § 1º Exercer a atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional".

A entidade sustenta que inexistem inconstitucionalidade na regra prevista no art. 3º, § 1º, de seu estatuto, mesmo porque as leis que regem as carreiras públicas de advocacia exigem a participação da OAB

\* Juiz Federal Substituto da Seção Judiciária do Estado de Rondônia.

nos concursos, sendo que os editais dos certames preceituam que, tanto para a inscrição como para a investidura no cargo, deve o candidato comprovar registro na Ordem dos Advogados do Brasil. Argumenta também que o poder de polícia que exerce é de natureza completamente diverso do poder disciplinar exercido pelos órgãos públicos. Diz que, no âmbito da ordem, tais advogados devem se sujeitar à fiscalização ética-disciplinar que, no âmbito das repartições públicas, o advogado público sujeita-se a uma fiscalização funcional, de modo que inexistem incompatibilidade entre a lei que rege a carreira do advogado público e o Estatuto da OAB – Lei 8.906/1994.

De outro lado, os advogados públicos insurgentes defendem que é inconstitucional o dispositivo acima transcrito (art. 3º, § 1º, da Lei 8.906/1994), por entenderem que afronta os arts. 131 e 133 da Constituição da República e o equiparar os advogados das carreiras públicas — que estão proibidos de advogar para particulares — àqueles que exercem apenas a advocacia privada. Os advogados da União que abraçam essa tese lembram ainda que o regramento da atuação da categoria está reservado à disciplina por lei complementar, tanto que foi editada a Lei Complementar 73/1993.

## 2.1. A advocacia pública na Constituição Federal

O enfrentamento do assunto reclama o exame do Texto Constitucional, que, no seu Título IV, Capítulo IV, cuida das Funções Essenciais à Justiça, sendo que, na Seção II do referido capítulo, trata especificamente da advocacia pública, nos seguintes termos: “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. § 1º – A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. § 2º – O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos. § 3º – Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União

cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.”

Em Seção à parte, a CF/1988 refere-se aos advogados e defensores públicos da seguinte forma: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

Releva assinalar que a Seção II, Capítulo IV, da Constituição Federal, arts. 131 e 132, foi renomeada pela Emenda Constitucional 19/1998, que a denominou de “Da Advocacia Pública”.

Portanto, a omissão da advocacia privada, ainda que de interesse público a teor do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), exercida pelo profissional liberal, isto é, pelo advogado a que se refere o art. 133 da Carta Magna, há a advocacia pública, também chamada de advocacia estatutária, que é exercida por agentes estatais, que postulam em juízo para cuidar dos interesses dos entes públicos a que estão vinculados.

A distinção entre advocacia pública (arts. 131 e 132 da CF/1988) e privada (art. 133, CF/1988) enseja vários desdobramentos, de modo que a questão não pode ser resolvida com a mera declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo legal. A celeuma também não se dissipa com o simples entendimento de que procurador não é advogado.

A questão em pauta exige reflexão sobre a natureza da capacidade postulatória do advogado público, o alcance do poder fiscalizatório ético-disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil e a existência de incompatibilidades supervenientes e definitivas para o exercício da advocacia privada por parte daqueles que passam a integrar carreiras da advocacia pública.

## 2.2. A natureza constitucional da capacidade postulatória do advogado público. A questionável exigência de inscrição na OAB e a indevida cobrança de anuidade

Como visto, no que diz respeito aos advogados públicos que tem autorização para exercer a advocacia

privada, não padece de vício de inconstitucionalidade a ser regrado art. 3º, § 1º, da Lei 8.906/1994, que estabelece que tais profissionais, além do regime próprio a que se subordinam, devam se sujeitar ao Estatuto da OAB.

É sabido, entretanto, que, por força de regras legais editadas a partir da Constituição Federal de 1988, a maioria dos integrantes das carreiras da Advocacia Pública não pode exercer a advocacia privada, por conta da necessidade de dedicação exclusiva às Procuradorias Estatais, aos assuntos de interesse do Poder Público.

Em relação aos integrantes das carreiras da Advocacia-Geral da União (advogados da União, procuradores federais e procuradores da Fazenda Nacional), por exemplo, o art. 28, I, da Lei Complementar 73/1993, o art. 24 da Lei 9.651/1998 e também o art. 38, § 1º, I, da MP 2229/1943, vedam expressamente que exerçam advocacia fora das atribuições institucionais, ou seja, só podem postular em juízo no interesse da Fazenda Pública.

Por outro lado, o art. 11, inciso IV, da Lei 8.906/1994, estabelece que deve ser cancelada a inscrição do advogado que “passara a exercer, em caráter definitivo, atividade incompatível com a advocacia”. O § 1º do citado dispositivo legal preconiza que “ocorrendo uma das hipóteses dos incisos II, III e IV, o cancelamento deve ser promovido, de ofício, pelo conselho competente ou em virtude de comunicação por qualquer pessoa”.

Ora, se o advogado público, em regra, está proibido por lei de exercer a advocacia privada e se há expressa incompatibilidade geradora do cancelamento de sua inscrição na OAB, por que se exigir seu registro nos quadros da citada entidade? Por que vincular o jus postulandis dos advogados públicos à inscrição na OAB se eles fazem parte de uma carreira típica de Estado, alçada pela Constituição Federal à condição de Função Essencial à Justiça, que tem a incumbência de postular em juízo em favor do próprio Poder Público?

A meu ver, o assunto em foco exige interpretação no sentido de que os advogados públicos (proibidos de exercer a advocacia fora das funções institucionais) têm capacidade postulatória que decorre exclusivamente da Carta da República (arts. 131 e 132), e não de sua inscrição nos quadros da OAB. A capacidade postulacional dos advogados da União, dos procuradores federais e dos procuradores da Fazenda Nacional

deve ser entendida como de natureza constitucional e estatutária, desvinculada, portanto, da comprovação de registro junto à OAB, o que, aliás, não é exigido pela Carta Política nem pela Lei Complementar 73/1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União). Também deve ser assim no que toca aos procuradores de Estado, aos procuradores de Município e aos procuradores Autárquicos, proibidos de advogar fora das funções institucionais.

A capacidade postulatória, prevista no art. 36 do Código de Processo Civil Brasileiro, de acordo com Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery consiste na “aptidão para promover ações judiciais e elaborar defesa em juízo”<sup>1</sup>, sendo que, em relação aos advogados públicos, essa aptidão emana do próprio texto da Lei Fundamental da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar 73/1993).

Embora os arts. 1º e 3º da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB) estabeleçam que a postulação em juízo e o exercício da advocacia no território brasileiro são privativos de advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, penso que a regra deva ser interpretada em consonância com o Texto Constitucional, de modo que se assegure a capacidade postulatória aos advogados públicos mesmo quando não inscritos na OAB ou quando optem pelo desligamento dos quadros daquela entidade. Essa linha hermenêutica não invalida as normas antes referidas e as coloca em harmonia com a Constituição.

Em se tratando dos advogados públicos ou procuradores estatais, a aprovação no concurso público, a nomeação e a posse são bastantes para que se tornem habilitados a exercer a postulação em juízo em favor do ente público a que estejam vinculados, sendo desnecessária a comprovação de inscrição junto à OAB. Em relação a eles, como disse o estudioso José Fontenelle Teixeira da Silva<sup>2</sup>, a capacidade postulatória decorre da dicção constitucional do Estatuto próprio da Instituição, sendo insitido o cargo para o qual foram nomeados, e não da simples formalidade da inscrição no quadro de advogados da OAB. Aliás, quem atua nas lides foren-

<sup>1</sup> in Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 6ª edição. São Paulo. Editora RT. 2002. p. 331.

<sup>2</sup> in Advocacia Privada, Capacidade Postulatória e Inscrição na OAB. Trabalho publicado no ADPERJ Notícias - Ano XX, nº 02, abril de 2002.

ses porestepaíssabebem que os advogados públicos, em suas petições e contestações, sequer fazem menção a número de registro na OAB, jamais se tendo ouvido qualquer questionamento desse jaez, até porque que interesse ao vínculo do procurador ou advogado público com o Estado.

Corroborando ainda mais a posição aqui firmada, valem mencionar que, justamente pela natureza do cargo que ocupam, formou-se consolidada jurisprudência no sentido de que os advogados públicos estão dispensados de exibir procuração em juízo, ou seja, a representação judicial dos entes públicos independe da apresentação de instrumento de mandato (RT 491/162 e 741/759).

No ponto, interessante realçar que João Carlos Souto, estudando o tema, consignou que o ideal mesmo, para espancar qualquer dúvida, era que, “assim que tomasse posse como membro da instituição, o profissional se desligasse automaticamente dos quadros da OAB, como acontece com os membros do Ministério Público do Poder Judiciário”<sup>3</sup>, por força da situação de incompatibilidade superveniente e definitiva. Essa solução tende a se impor na medida em que existe um regime específico, fundado na própria Carta Magna (art. 131), abalazando a atuação dos advogados públicos federais, que exercem relevantes funções típicas de Estado.

Portanto, entendendo que, em relação aos advogados públicos que por lei estão proibidos de exercer advocacia privada, inegável que padece de inconstitucionalidade o art. 3º, § 1º, do EOAB. É que, se tais agentes estatais estão impedidos de advogar para particulares são regidos por lei complementar editada em atenção a um comando constitucional (art. 131, caput, CR/1988), não devem, em razão de dispositivo de uma lei ordinária, ser obrigados a se manter registrados junto à OAB, ainda que por imposição da União, exigência da Ordem ou mesmo por uma questão de preocupação com capacidade postulacional.

Por outro lado, considerando que, como dito, há inúmeros advogados públicos que estão autorizados a exercer advocacia liberal e contratual (privada), observe-se que não é o caso de simplesmente se declarar a inconstitucionalidade da supracitada regra legal. O

ideal, para se garantir significação às normas em conflito, é aplicar o método exegético da interpretação conforme a Constituição.

Cuidando da matéria, Alexandre de Moraes ensina que, “para que se obtenha uma interpretação conforme a Constituição, o intérprete poderá declarar a inconstitucionalidade parcial do texto impugnado ou excluir a norma impugnada determinada interpretação, a fim de compatibilizá-la com o texto constitucional”<sup>4</sup>.

Destarte, inegável que a regra prevista no art. 3º, § 1º, da Lei 8.906/1994 (EOAB) deve ser interpretada em conformidade com a Constituição Federal (arts. 131 e 132), sem redução de texto, afastando-se a inconstitucionalidade vislumbrada mediante a fixação do entendimento de que só devem ficar sujeitos, obrigatoriamente, ao regime da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), os advogados públicos que, por estatutos próprios, estão autorizados a exercer advocacia privada.

Nos demais casos, ou seja, em relação aos advogados públicos proibidos de exercer advocacia fora de suas atribuições institucionais, a permanência do vínculo com a OAB é consequente obrigação de pagar anuidade de quem se inscreve como uma faculdade, questão que não deve influir na capacidade postulatória para fins institucionais, mesmo porque, para eles, o jus postulandi tem natureza pública, estatutária, decorrendo exclusiva e diretamente da Constituição Federal (arts. 131 e 132). Não fosse assim, ficaria a indagação: por que registrar na OAB, se, em razão da incompatibilidade, o estatuto dispõe de que deverá haver o cancelamento, como exclusão do profissional dos quadros da entidade?

Vale destacar que não considero razoável obrigar-se a manutenção do registro na OAB por parte de advogados públicos que não têm direito de receber honorários sucumbenciais ou contratuais. Ora, se o advogado público está proibido por lei de exercer advocacia fora de suas atribuições institucionais, não vejo como legítima a exigência da inscrição na entidade e muito menos a cobrança de anuidade. Adotada orientação diversa, haveria de se entender que caberia aos entes públicos, e não aos advogados, de carrear pública, efetivarem o pagamento das anuidades.

<sup>3</sup> in A União Federal em Juízo. Editora Saraiva. 2ª edição. 2000. p. 139.

<sup>4</sup> in Direito Constitucional. 19ª edição. Editora Atlas. 2006. p. 12.



Ademais, não merece prosperar a sustentação muitas vezes trazida pela OAB de que a necessidade de sujeição dos advogados públicos (proibidos de exercer a advocacia privada) aos ditames da Lei 8.906/1994 se verifica para que a entidade possa cumprir, também em relação a eles, sua função de fiscalização ético-disciplinar.

Primeiro, porque o advogado público já está sujeito à atividade de correção da entidade a que está vinculado. No caso dos integrantes das carreiras da Advocacia-Geral da União, por exemplo, estão sujeitos à fiscalização e ao controle da Corregedoria-Geral da Advocacia da União, conforme previsto no art. 5º da Lei Complementar 73/1993.

Segundo, porque, no campo disciplinar, os advogados públicos federais também devem obediência às regras de ética e disciplina previstas na Lei Federal 8.112/1990 e no Decreto 1.171/1994 (Código de Ética do Servidor Público).

Ad argumentandum tantum, acresço que, se houvesse algum conflito de atribuições entre o poder de polícia da OAB e das corregedorias dos órgãos a que estão vinculados os advogados públicos, a solução desse conflito aparente de normas passaria pela aplicação do princípio da especialidade, para, também, afastar a aplicação do regime da Lei 8.906/1994 aos advogados públicos impedidos de exercer a advocacia fora das atribuições institucionais previstas em lei.

É importante registrar que não embaraça a solução ora proposta o fato de existirem leis exigindo a participação da OAB nos concursos para ingresso nas carreiras integrantes da Advocacia-Geral da União ou nas carreiras das Procuradorias dos Estados ou Municípios.

É ressaltado que a previsão de participação da OAB nesses certames existe para que a entidade, serviço público independente, com o reconhecimento recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, exerça sua função fiscalizadora dos princípios constitucionais. A OAB deve fiscalizar todo e qualquer concurso público da área jurídica, como forma de se buscar a maior transparência possível, mas isso não significa que depois, como é o caso dos integrantes da carreira da AGU, os candidatos aprovados tenham a obrigação de permanecer registrados em seus quadros, como ônus de pagar anuidade, para desempenhar validamente

suas funções, já que proibidos, por lei, de exercer a advocacia privada e regidos por estatuto próprio.

Registre-se, também, que não infirma a tese antes desenvolvida a circunstância de os editais dos concursos exigirem que, tanto para a inscrição como para a investidura no cargo, deve o candidato comprovar registro na Ordem dos Advogados do Brasil. É que essas exigências, no caso das carreiras federais, não estão previstas na Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (LC 73/1993), já tendo ficado claramente explicitada a possibilidade de o advogado da União ou procurador da Fazenda Nacional desempenhar sua função independentemente de estar inscrito na OAB, isso porque sua capacidade postulatória tem natureza pública, estatutária, decorrendo exclusivamente da Constituição Federal (arts. 131 e 132).

Ao fazer constar dos editais do concurso que, tanto para a inscrição como para a investidura no cargo, é necessária a comprovação de inscrição na OAB, a União e os Estados-Membros agem com total incongruência. A uma, porque a lei de regência não faz tais exigências. A duas, porque, em razão da situação de incompatibilidade (definitiva), o Estatuto da OAB dispõe que, a rigor, deverá haver o cancelamento da inscrição, com a consequente exclusão do profissional dos quadros da entidade (art. 11, IV).

### 3. Conclusão

A Constituição Federal de 1988 reclama que se lance um novo olhar sobre o tema objeto da presente reflexão. É chegado o momento de as Procuradorias Estaduais reverem a vinculação com a OAB, de modo a se separar a advocacia pública da advocacia privada, na esteira da diretriz constitucional, ao menos no que diz respeito à grande maioria de advogados públicos que estão proibidos de exercer a advocacia fora de suas atribuições institucionais.

Quanto aos advogados públicos que detêm autorização legal para exercer a advocacia privada, inegável que devem se submeter à disciplina prevista na Lei Federal 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Devem pagar anuidade e estão sujeitos também à fiscalização ético-disciplinar daquela entidade.

Em relação aos advogados públicos proibidos de exercer a advocacia fora das funções institucionais,

deve-se entender que têm capacidade postulatória que decorre exclusivamente da Carta da República (arts. 131 e 132), e não de sua inscrição nos quadros da OAB. A capacidade postulacional dos Procuradores Estaduais possui natureza constitucional e estatutária, desvinculada, portanto, da comprovação de registro junto à OAB. Assim, não estão obrigados ao pagamento de anuidade à Ordem dos Advogados do Brasil. Não se sujeitam à fiscalização ético-disciplinar da OAB, mas apenas ao controle correicional da entidade a que está vinculado.

Enfim, a regra prevista no art. 3º, § 1º, da Lei 8.906/1994 (EOAB) deve ser interpretada em conformidade com a Constituição Federal (arts. 131 e 132), sem redução de texto, afastando-se a tese da inconstitucionalidade mediante a fixação do entendimento de que só devem ficar sujeitos, obrigatoriamente, ao regime da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), os advogados públicos que, por estatutos próprios, estão autorizados a exercer advocacia privada.

#### 4. Referências bibliográficas

---

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 6ª ed. São Paulo: RT. 2002.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19ª ed. Atualizada. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, José Fontenelle Teixeira da. Advocacia Privada, Capacidade Postulatória e Inscrição na OAB. Trabalho publicado no ADPERJ Notícias – Ano XX, 2, abril de 2002.

SOUTO, João Carlos. A União Federal em Juízo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2000.